All'egregio Sig. ... della Rivista Penale ... Venezia
omaggio dell'A.

IL TESTAMENTO CONGIUNTIVO RECIPROCO NEL DIRITTO TRANSITORIO

DELL'AVVOCATO

VITTORIO DE ROSSI

DISSERTAZIONE

PREMIATA AL CONCORSO APERTO DALLA DIREZIONE DEL GIORNALE DELLE LEGGI DI GENOVA. GIUDICE DEL CONCORSO L'ILLUSTRE COMM. BALDASSARRE PAOLI CONSIGLIERE ALLA CORTE DI CASSAZIONE DI FIRENZE

GENOVA

TIPOGRAFIA DEL R. ISTITUTO SORDO-MUTI

1875

IL

TESTAMENTO CONGIUNTIVO

RECIPROCO

NEL DIRITTO TRANSITORIO

DELL' AVVOCATO

VITTORIO DE ROSSI

DISSERTAZIONE

PREMIATA AL CONCORSO APERTO DALLA DIREZIONE DEL GIORNALE DELLE LEGGI DI GENOVA. GIUDICE DEL CONCORSO L'ILLUSTRE COMM. BALDASSARRE PAOLI CONSIGLIERE ALLA CORTE DI CASSAZIONE DI FIRENZE

GENOVA

TIPOGRAFIA DEL R. ISTITUTO SORDO-MUTI

1875

AL CHIARISSIMO SIGNORE

SIG. CAV. AVV. BERNARDO CASSINI

Direttore del GIORNALE DELLE LEGGI - Genova

EGREGIO COLLEGA,

Stampando a parte questo opuscoletto che già vide la luce nel suo reputato periodico, mi permetta che io lo intitoli a Lei. Del valore di esso niente io presumo; soltanto mi dà animo a pubblicarlo il voto adesivo col quale l'illustre Consiglier Paoli *lo confortava, prescegliendolo nel concorso. Ad ogni modo confido ch' Ella vorrà gradirlo come un omaggio sincero reso dallo scrivente a chi seppe, come Lei, acquistare tanti titoli di benemerenza verso quanti hanno a cuore il progresso della scienza del diritto.*

Mi creda sempre quale io mi pregio dichiararmi con altissima stima

Livorno, 18 Maggio 1875.

Suo devotissimo

Avv. V. De Rossi.

AL PREGIATISSIMO SIGNORE

SIG. AVV. VITTORIO DE ROSSI

EGREGIO COLLEGA,

Sogliono farsi le dediche ai dotti od ai potenti affinchè l'accettazione di costoro confermi il merito dell' opera dedicata e ne diffonda la fama. Perchè dunque Ella ha voluto sciupare una dedica con me che non sono nè dotto, nè potente?

Lo comprendo: è perchè l' opera sua essendo stata giudicata degna di premio da quel dotto Giureconsulto ed eminente Magistrato che è il nostro Paoli, *non ha più bisogno di raccomandazione, e quindi Ella si trova fortunatamente nel caso di poter dedicare non per ricevere onore, ma per farne.*

Quando è così, grazie, egregio Collega, d'avermi preferito, e stringendole la mano con vivo cuore, me Le dico

Genova, 20 maggio 1875.

Tutto devotissimo

Bernardo Cassini.

AL PREGIATISSIMO SIGNORE

SIG. AVV. CAV. BERNARDO CASSINI

Direttore del GIORNALE DELLE LEGGI

EGREGIO SIG. DIRETTORE,

Ho letto ed esaminato le diciassette *soluzioni date al quesito da me proposto nel numero* primo *del suo benemerito giornale di questo anno, « se la istituzione reciproca in erede fattasi validamente da » due persone in un medesimo testamento sotto una » legge, che la permetteva, sia* efficace, *ove uno dei » disponenti sia morto sotto l'impero del codice civile italiano ».*

La più gran parte delle soluzioni sono pregevolissime sia per la forma come per la dottrina; cosicchè riesce assai difficile la proposta di quella da premiarsi; ed io vorrei davvero che i premj fossero diversi.

Ma, come il premio è uno solo, così le suggerisco a questo effetto la soluzione di V. D. R. A. 605, (1) *dove si opina per la* efficacia della istituzione; — *dichiarando però che amerei molto di vedere pubblicata, per causa di onore, anco la soluzione dell'Avv. F. T. A. 32, che propugna la opinione contraria.*

Affezionatissimo

B. Paoli.

(1) Con questi segni era designata la presente dissertazione dell'Avvocato De Rossi.

IL TESTAMENTO CONGIUNTIVO

RECIPROCO

NEL DIRITTO TRANSITORIO

« L'istituzione reciproca in erede fattasi valida-
» mente da due persone in un medesimo testamento,
» sotto una legge che lo permetteva, sarà efficace
» ove uno dei disponenti sia morto sotto l'impero
» del Codice Civile Italiano?

Proponendomi di studiare e tentar di risolvere questa gravissima tesi, credo opportuno premettere alcune regole generali sulla retroattività delle leggi.

§ 1.

Principii di diritto transitorio.

Ogni nuova legge che disponga sopra un dato ordine giuridico, viene a dominare colle proprie norme

tutti i fatti ad esso inerenti che si svolgono sotto il suo impero. Però pel naturale avvicendarsi dei fatti umani, e per la sequela di rapporti giuridici che ne derivano, accade sovente che un diritto che si concreta oggi sotto la nuova legge, aveva già la sua radice e la sua determinazione sotto la legge anteriore.

Di qui la limitazione della regola sopra esposta, coll'altro canone fondamentale di diritto, secondo il quale *la legge non dispone che pel futuro; e non ha effetto retroattivo.*

L'interesse per altro di dare la più estesa applicazione al nuovo provvedimento legislativo, ha suggerito agli scrittori ed ai magistrati di contenere in giusti confini questo principio troppo assoluto della *non retroattività* delle leggi: e quindi si è svolta la importante dottrina del diritto transitorio, che ha già dato tanti e così sapienti volumi ai cultori della giurisprudenza.

Uscirei dal campo assegnato al proposto quesito, se mi trattenessi intorno ai vari ed interessanti aspetti nei quali studiarono le quistioni transitorie il Chabot de l'Allier, il Bergmann, l'Herrestoff, il Mailher de Chassat, il Merlin, il Meyer, il Mittermaier, il Lassalle, il Romagnosi, il Savigny, lo Zachariæ e tanti altri illustri le cui dottrine trovansi esaminate e discusse nell'aureo libro di recente pubblicato dal chiarissimo Professor Gabba sulla *teoria della retroattività delle leggi* (1). Tutti però con-

(1) Pisa Tipografia Nistri 1868.

vengono nel ritenere, che il principio della non retroattività deve essere inteso nel senso, che non possa la legge nuova violare diritti precedentemente *acquisiti*. E per converso, ogni qual volta non s'incontri in un diritto quesito, il nuovo precetto legislativo debba esercitare la sua piena efficacia (1).

§ 2.

Transizione alle successioni testamentarie.

Accennate così le regole generali di diritto transitorio, entriamo ora nel tema speciale delle successioni testamentarie.

In tale materia si presenta subito per guida un principio sicuro, ormai affermato da tutti gli scrittori e dalla giurisprudenza: doversi cioè, innanzi di dare efficacia ad un atto testamentario guardare all'influenza che possono esercitare sul contenuto di esso due momenti distinti. Il tempo della confezione del testamento, e il tempo della morte del testatore.

Infatti il testamento di natura sua è un atto che ha *tratto successivo*, come le istituzioni contrattuali dove erano ammesse, come le rinunzie alla legittima paterna e materna che la legge toscana del 1814 permetteva di stipulare nel contratto di matrimonio.

Sebbene il testamento od un'altra forma di dispo-

(1) Per lo svolgimento dell'intera teoria del diritto acquisito, è da consultarsi la citata opera del Professor Gabba, ove egli dedica all'analisi di quel concetto vari e dottissimi capitoli. Vol. 1. Pag. 181 a 295.

sizione di quelle sopraindicate, possano essere complete, *come atti*, il giorno che il disponente le ha dettate, o le parti hanno stipulato, pure i loro giuridici effetti rimangono sospesi, fino alla morte del disponente o del promittente.

Questo concetto intorno all'istituto giuridico del testamento, che include l'altro della revocabilità di esso fino alla morte del suo autore, è ben definito da Modestino nella Legge romana:

« Voluntatis nostræ justa sententia de eo quod » quis post mortem suam fieri velit. » L. 1. D. qui test. fac. poss.

Miriamo ora all'ipotesi che la legge del tempo in cui l'atto dispositivo fu fatto, sia stata da altra posteriore abrogata, ed ecco sorgere la questione transitoria che ci conduce alla soluzione del proposto quesito.

In tale conflitto di leggi, bisogna aver di mira di conciliare in quanto è possibile due distinti diritti. Il diritto del testatore, il quale quando ha testato debitamente in conformità della legge del tempo, ha compiuto un fatto giuridico serio e non illusorio: il diritto della società di veder applicata la nuova legge vigente alla morte del *de cujus*, sotto la quale soltanto incominciano ad esercitarsi le ragioni ereditarie. « Il testamento, dice Herrestorff, » è un atto che una volta compiuto appartiene al passato (1).

La facoltà di testare, la capacità del disponente, la forma esterna ed interna del testamento, il con-

(1) *Herrestorff.* — Uber die ruckwirckende Kraft der Gesetze.

tenuto delle disposizioni, le condizioni apposte alle medesime, sono tanti elementi che vanno contemplati dalla dottrina transitoria.

Quanto alla facoltà di testare, i più autorevoli scrittori e molte decisioni di tribunali si accordano nel ritenere che essa debba esser affermata, tanto dalla legge del tempo in cui fu condito il testamento quanto dall' altra vigente alla morte del testatore: (1) ed aggiungono che il testamento non può esser invalidato da una legge intermedia, che tale facoltà avesse abolita. *Media tempora non nocent.* L 6 § 2. L 49 § 1. D. de Hæred legit, istituen.

Sulla capacità di testare, *testamentifactio*, dopo aver distinta la capacità *fisica* dalla *giuridica*, si incontra grande divergenza di dottrine negli autori; alcuni sostenendo il dominio esclusivo della legge del tempo in cui il testamento fu fatto (2), altri di quella vigente alla morte del testatore (3), ed altri infine esigendo che la testamentifazione attiva sia riconosciuta da ambedue le leggi (4).

Il contenuto del testamento, ossia la sostanza delle sue disposizioni, ad eccezione di pochi autori (5) tutti

(1) *Merlin*, Ap. Chabot de l'Allier 3, Pag. 337. — Gabba Op. citata e Decis. ivi citate, Pag. 250.

(2) Herrestorff, Schmid, Christiansen, Bergmann, Weber.

(3) Meyer e Lassalle.

(4) Chabot, Demolombe, Bauer, Savigny, Merlin, Dalloz. — Il Gabba si accosta a quest' ultima opinione.

(5) Bergmann (Pag. 90), Winiwarter, das oesterr. burg. recht. system. dargest. Vol. 1, Nota 7. — Wächter Pag. 170. — Il Gabba nota che tale dottrina non ha più fautori. — Il Weber opinò che il contenuto del testamento debba soddisfare ad ambedue le leggi; l'antica e la nuova.

lo vogliono regolato esclusivamente dalla legge imperante alla morte del testatore (1). Questo infatti comincia a spiegare effetto soltanto dopo l'apertura della successione, e quindi sarebbe assurdo che per la sola ragione del tempo in cui le disposizioni furono dettate, esse potessero andar contro alle leggi proibitive di un dato modo di disporre e di un certo ordine di succedere.

Rimane ora a parlare delle *forme* del testamento le quali sebbene per l'ordine logico si sarebbero presentate alla mente prima del suo *contenuto*, pure ho stimato opportuno lasciarle per ultimo, ognorachè l'esame della dottrina transitoria rapporto alle medesime si collega col presente studio, e ci fa strada alla soluzione del proposto quesito.

Intorno alle forme può dirsi ormai sicura la dottrina, che la legge regolatrice della efficacia probatoria di esse è soltanto quella del tempo in cui l'atto fu posto in essere. Questa regola generale, che si riferisce ad ogni specie di atto giuridico, non trova eccezione nella materia dei testamenti. La legge romana lo insegna ripetutamente. In primo luogo nella L. 20 Cod. de testamentis, la quale tratta appunto delle forme di testare, è scritto: « quæ in posterum tantummodo observari censemus.... quid

(1) Bauer Pag. 80. — Struve Pag. 252. — Savigny Pag. 454-463-473-476. — Lassalle Pag. 500. — Duranton N. 581. — Demolombe N. 49. — Dalloz N. 320. — Mazzoni N. 54. — Bianchi Pag. 111. — La Giurisprndenza francese dopo l'attuazione del Codice Napoleone ha sanzionato questo principio con ripetute decisioni della Cassazione.

enim antiquitas peccavit quæ præsentis legis inscia pristinam sequuta est observationem?

Ed in secondo luogo nella Novella 66, la quale dopo avere stabilito la regola generale che i testamenti fatti prima delle nuove leggi debbano essere regolati dalle leggi antiche, indica la *ratio legis* nei seguenti termini: « Neque omnia in nostra potestate sunt, nec semper aliquis tempus testandi habet » Nov. 66 § 4.

Tutti i più autorevoli giureconsulti i quali, come sopra abbiamo veduto, si sono occupati di diritto transitorio hanno concordemente ritenuto, doversi, nonostante una legge nuova *formale*, riferire sempre alla legge del tempo della confezione del testamento, per giudicare della validità delle sue forme esteriori.

Le legislazioni moderne su questo punto di diritto si sono uniformate ai suesposti dettati della scienza. L'ordinanza francese del 1735, le successive leggi del 17 nevoso e del 22 ventoso anno 4. riconobbero tutte l'efficacia delle leggi anteriori nella parte *formale*: e mentre erano espressamente retroattive rispetto al *contenuto delle disposizioni* di ultima volontà, rispettarono però le forme dei testamenti anteriori. — Lo stesso è a dirsi del Codice Austriaco, dell'ordinanza transitoria prussiana del 1814, delle ordinanze annoveresi e dell'ordinanza transitoria di Brema dello stesso anno, della legge transitoria olandese del 1 ottobre 1833, delle disposizioni transitorie estensi del 1852, dell'ordinanza transitoria sassone del 1863.

Anche la Giurisprudenza francese sebbene prima abbia alquanto oscillato, ha poi costantemente adottato il principio della *non retroattività* della legge *formale* (1).

Si è fatta poi una distinzione tra forma *esterna* e forma *interna* del testamento, e si sostenne doversi quest'ultima, all'opposto dell'altra, regolare dalla legge vigente alla morte del testatore.

Qui mi limito soltanto ad accennare siffatta distinzione: vedremo tra poco qual sia il valore di questa formola giuridica, quali gli effetti, e come spesso varcando la linea di demarcazione tra la forma e la sostanza dell'atto, quella sia stata da alcuni confusa col contenuto del testamento.

§ 3.

Applicazione dei principii alla istituzione reciproca.

Fatte queste premesse, eccoci giunti di fronte al proposto quesito.

Comincierò dal tradurne il concetto in un caso pratico.

Vigente una legge anteriore al Codice civile, la quale lo consentiva, i coniugi A e B con un testa-

(1) Corte di Bruxelles 15 frimale anno 12. Corte di Parigi 15 Messidoro anno 12. Corte di Agen 21 Maggio 1813. Corte di Torino 31 Agosto 1808. Corte di Cassazione 1 brumale anno 13. Detta 5 termidoro anno 13. Detta 3 Gennaio 1810 e 25 Luglio 1815.

mento unico nuncupativo o pubblico (1), si sono istituiti reciprocamente eredi. — I testatori adibirono il ministero del Notaro, intervennero i testimoni nel numero voluto, le disposizioni furono rispettivamente dettate da A e B a chiara voce, udite nella loro integrità dai testimoni e dal Notaio, e da quest' ultimo redatte in scritto, e quindi lette contestualmente ai disponenti ed ai testimoni, e da tutti insieme al Notaro sottoscritte. — Tutte adunque le guarentigie formali dal legislatore prescritte furono nel caso integralmente adempite. L' atto solenne probatorio delle loro ultime volontà è in ogni parte completo: soltanto la sua efficacia rimane sospesa fino alla morte di uno dei disponenti.

Sopravviene una nuova legge ordinatrice delle successioni testamentarie, la quale prescrive che: « non si può fare un testamento da due o più per» sone nel medesimo atto, nè a vantaggio di un » terzo, nè per *disposizione reciproca.* » (Art. 761 Cod. civ.). Sotto l'influenza di questa nuova legge, muore uno dei disponenti.

Questa legge *proibitiva* avrà l' effetto di annullare il testamento reciproco dei coniugi A e B? Colpisce essa il *contenuto*, o mira piuttosto alla *forma* del testamento?

Ecco il problema giuridico che mi studierò di risolvere: *a)* coi principii razionali del diritto: *b)* colla

(1) Ho preso l' esempio del testamento nuncupativo, perchè sarà più agevole esaminare la questione delle *forme* in relazione al diritto transitorio.

dottrina degli autori, colla giurisprudenza, e con argomenti di analogia.

a) Principii razionali del diritto.

Occorre ben definire la demarcazione tra la forma e la sostanza degli atti. Le forme consistono in quei modi di porli in essere, che secondo le prescrizioni del legislatore sono diretti a tutelare il diritto privato e talvolta anche l'ordine pubblico.

L'intervento del Notaro, la presenza dei disponenti e dei testimoni, la *contestualità*, la non deviazione ad atti estranei, la dettatura del testatore al Notaro, la redazione in scritto, sono i requisiti formali del testamento pubblico nuncupativo che possono chiamarsi *forme esteriori*. — Volendo poi indagare la forma *interna* di esso, per secondare la accennata distinzione, noi la troveremo nelle formule prescritte per la intestazione e per la conclusione dell'atto, nelle dichiarazioni ed attestazioni che deve emettere il pubblico ufficiale, circa alla capacità dei disponenti, alla idoneità dei testimoni, all'adempimento delle formalità dalla legge richieste. Possono anche classarsi tra le forme interne il modo di vocazione dell'erede istituito, ove il legislatore lo abbia prescritto, e certe disposizioni *preliminari* che alcune leggi impongono ai testatori per la efficacia dell'atto (1).

(1) Ad esempio la legge toscana del 15 Novembre 1814 prescriveva che nel testamento fatto a ministero di Notaro, *sotto pena di nullità*, si facesse menzione *espressa* del *pagamento* della tassa di L. 3. 10 a benefizio dell'Opera di S. Maria del Fiore.

Se invece di un testamento pubblico si trattasse dell'olografo, la forma anche nelle sue suddistinzioni non apparirebbe meno chiara al giurista. La scrittura tutta di carattere del disponente; ecco la semplicissima *forma esterna* dell'atto: la data del testamento, la sottoscrizione del testatore, la postura di essa in fine delle disposizioni, ecco le forme *interne* dell'olografo (Art. 775 Cod. civ.).

Sebbene autorevolissima sempre, e specialmente nella dottrina del diritto transitorio, io ritenga la opinione dell'illustre Prof. Gabba, pure non potrei concordare con lui circa alla parte che egli assegna alla forma interna dei testamenti. Ecco le sue parole: « La forma interna del testamento consiste » nell'interno ordinamento del medesimo, cioè nel» l'essere osservata o non osservata la legge che » *impone o divieta certe specie di disposizioni*, e nel» l'essere osservate o non osservate *le formule che » la legge prescrive per certe specie di disposizioni » che essa permette*. Così per esempio il diritto ro» mano imponeva al testatore la istituzione di erede, » alcune leggi moderne *vietano il testamento mutuo » congiuntivo nel medesimo atto,* altre vietano *la di» seredazione;* il diritto romano imponeva *certe mo» dalità* alla diseredazione. (*Gabba*. Teoria della re» troattività delle leggi Vol. 3. Pag. 305) ».

L'obbligo della istituzione d'erede, e il divieto della disederazione, a me pare che non possano, come sostiene il Gabba, assimilarsi al divieto del testamento mutuo o congiuntivo, ed alle *modalità* prescritte per la diseredazione. — I primi due su-

bietti infatti evidentemente appartengono al *contenuto*, alla *sostanza* delle disposizioni testamentarie, gli altri invece al *modo di porle in essere.*

Questa osservazione mi sembra importantissima perchè il criterio più sicuro per risolvere il quesito proposto apparisce esser quello di bene ed esattamente delineare il concetto giuridico della *forma.*

Invero, se noi ci persuaderemo che il testamento congiuntivo e mutuo è un *modo*, una *forma* di porre in essere due istituzioni *distinte* e *libere*, allora la legge nuova che lo abolisce sarà una legge *formale* e come tale non potrà esercitarvi influenza: nel caso opposto, in cui la *reciprocità* si apprenda come la *sostanza* ed il contenuto della istituzione, allora la legge nuova proibitiva dovrà retroagire, e il testamento rimarrà invalidato.

La legge che consente di fare un unico atto testamentario colla istituzione reciproca di due testatori non mira a senso mio, alla sostanza delle disposizioni, ma sibbene alla *forma* ed al *modo* di porle in essere.

Le regole giuridiche riguardanti la sostanza dell'atto rimangono inalterate. Se uno, od ambedue i testatori difettano di capacità *fisica* o *giuridica* di disporre, se lor manca la capacità *assoluta* o *relativa* di succedere, la istituzione sarebbe inefficace a carico di quegli cui la incapacità colpisce, come se i testamenti fossero disgiunti; senza che nulla vi osti la reciprocità della istituzione. E non v'ha dubbio, che del *contenuto di essa,* dato che urtasse contro la nuova legge proibitiva dovrebbe giudi-

carsi colle norme di questa, non della legge del tempo in cui il testamento fu fatto.

Ma invece il nuovo precetto legislativo che vieta l'atto unico nel testamento mutuo prende di mira piuttostochè la *reciprocità* della istituzione il *modo* di porla in essere.

Infatti il legislatore non vieta ai due coniugi A e B di fare uno dopo l'altro, ed anche a ministero dello stesso Notaro, il testamento in favore l'uno dell'altro; soltanto vuole che i due atti di volontà siano separati. Dunque non colpisce la reciprocità della istituzione nè il contenuto di essa, ma sibbene la *unicità dell' atto probatorio* della medesima.

Ma si dice dai sostenitori della opposta dottrina i testamenti collettivi reciproci furono vietati, perchè si temeva che diminuissero la libertà di testare e potessero dar luogo a captazioni. La libertà di testare, essi soggiungono, riguarda la *sostanza* e non la *forma* dell'atto, e quindi il divieto della nuova legge lo rende inefficace.

Questa argomentazione però si dimostra errata, perchè ha il difetto di provar troppo. Tutte le forme giuridiche sono dirette a garantire il libero esercizio dei diritti; se la legge del tempo in cui il testamento fu fatto credè che la libertà dei disponenti non corresse pericolo nei testamenti reciproci, ed i coniugi A e B l'hanno pienamente osservata; una nuova legge che aggiunga altre cautele non può esser retroattiva senza violare il diritto quesito alla efficacia *formale* dell'atto. — Se bastasse l'attinenza della legge nuova proibitiva col modo di manifesta-

zione della volontà del disponente per invalidare anche gli atti anteriori, allora la retroattività non avrebbe più limiti; e giungerebbe a sovvertire i principii razionali del diritto, i quali insegnano, che per giudicare se sia valida *una espressione legale di volontà* bisogna riferirsi alle leggi che vigevano nel giorno in cui fu manifestata.

b) Dottrina degli Autori, Giurisprudenza e argomenti di analogia.

L'illustre Professore Pacifici Mazzoni tratta ampiamente questo soggetto nel suo dotto commento sulle *successioni testamentarie* (1). Raccogliendo l'argomento degli oppositori, secondo il quale il divieto della istituzione reciproca è *assoluto* e *retroattivo* perchè riguarda la libertà di testare, egli lo confuta così: « Ora la legge nel vietare i testamenti » collettivi non ha punto riguardo ai beni di cui » vuolsi disporre, sibbene alla volontà dei dispo- » nenti; la manifestazione di questa governa e non » la disposizione dei beni. Ma tutto ciò che si at- » tiene alle persone dei disponenti, alla validità della » volontà loro, alla manifestazione di questa, non è » stato mai, nè può mai esser compreso nel con- » tenuto del testamento, nè nella *forma interna* del » medesimo; una volta che anco questa fa parte del » contenuto inteso in senso lato. ».

Dopo aver discussa profondamente questa grave questione, egli si schiera tra coloro che ritengono

(1) Pacifici Mazzoni *delle Successioni* Vol. 2. Pag. 60 a 83.

che l'anzidetta disposizione proibitiva faccia parte delle leggi che regolano le forme dei testamenti.

Quindi termina concludendo, che « un testamento » collettivo con disposizione congiunta o reciproca, » fatto sotto la legge che lo ammetteva, debba aver » effetto anco nel caso *che uno dei disponenti o en-* » *trambi* vengano a morire dopo l'attuazione del » nuovo Codice civile (1) ».

Nello stesso senso si è pronunziato il chiaris. Prof. Buniva nel suo trattato *delle successioni* (2). Egli poi oltre al sottoporre la istituzione reciproca alla legge *formale* in materia di diritto transitorio (conflitto di leggi per ragion di tempo), ve l'assoggetta del pari nel tema del diritto internazionale privato (conflitto di leggi per ragion di luogo): e in ambedue i casi ritiene la validità di essa, non ostante la legge diversa sotto la quale debba spiegar efficacia.

Ecco un argomento che si aggiunge a confortar il nostro assunto. — È noto come molti giureconsulti insegnano che in quei casi nei quali si può applicare la legge nuova ad anteriori contingenze si possa anche applicarla a contingenze verificate in estero Stato, sulle quali si debba decidere; e che non si possa applicare la legge nuova in quei casi nei quali la legge estera dovrebbe essere applicata invece della legge nazionale. Questa dottrina è affermata dal Weber (3), dal Meyer (4),

(1) Pacifici Mazzoni op. cit. Pag. 82

(2) Op. cit. Pag. 105.

(3) Op. cit. Pag. 179.

(4) Op. cit. Pag. 36.

dal Savigny (1), dal Demolombe (2), dal Lassalle (3). — Il Professor Gabba ammette anch'egli l'analogia dei rapporti tra i due ordini di idee, ma con qualche restrizione, facendo notare le differenze che intercedono fra essi in alcuni punti (4).

Dunque se nel diritto internazionale privato sono ammessi gli effetti di un testamento reciproco proveniente dall'estero, quantunque rifiutato dalla legge nazionale, si deve anche ammettere nella dottrina transitoria di fronte ad una nuova legge proibitiva. A questa conseguenza, ci conduce quella guida che lo stesso nostro Codice porge all'interprete, insegnando: « Qualora una controversia non si possa » decidere con una precisa disposizione di legge si » avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi » simili o *materie analoghe.* (Cod. civ. tit. prel. art. 3).

Infatti manca nella legge transitoria del 1865 qualunque disposizione relativa al soggetto che ci occupa. Mentre essa ha regolato i testamenti fatti per atto stragiudiziale secondo le leggi anteriori (5) non ha parlato della istituzione reciproca, il cui valore quindi è interamente abbandonato alla dottrina e alla giurisprudenza.

Seguendo pertanto la dottrina degli autori, troviamo che i più valenti trattatisti francesi commentando l'art. 968 del Codice Napoleone, identico

(1) Sistema del Diritto Romano prefazione Pag. VII, e Introd. Pag. 7.
(2) Demolombe 1. N. 36.
(3) Lassalle Pag. 367.
(4) Op. citata Vol. 1, Pag. 132.
(5) Disposiz. trans. Art. 23.

all'art. 761 del nostro, sostengono che la disposizione proibitiva della istituzione reciproca riguarda soltanto la forma esterna dei testamenti: e quindi ne concludono che non può retroagire sui testamenti conformi alle leggi anteriori che la contengono. Anche la Giurisprudenza in Francia fu pressochè unanime nello stesso avviso (1).

Questo voto così concorde degli autori e dei tribunali francesi, costituisce senza dubbio un assai valido appoggio alla dottrina della validità della istituzione.

Tornando ora ai nostri, di fronte al Buniva ed al Pacifici Mazzoni, di cui abbiamo sopra riferito l'avviso, incontriamo nel Gabba l'opinione opposta da lui sostenuta nella citata sua opera *Sulla teoria della retroattività delle leggi*, al capitolo sulla forma interna dei testamenti (2).

La Giurisprudenza in Italia ha avuto finora un breve periodo da esercitarsi, perchè possano rinvenirsi molte decisioni in questo soggetto. Due sentenze furono pronunziate da due Corti d'Appello in senso assolutamente opposto. La Corte d'Appello di Roma, assegnando per ragione del divieto del testamento reciproco la tutela della libertà dei disponenti, ne desume che debba riferirsi alla *essenza* dell'atto, e come tale debba invalidarlo, quantunque in conformità della legge anteriore. A conforto

(1) Sono da consultarsi in questo senso, Merlin Rep. V. effet retroactif. Sez. III. § 5. N. 3. Quest. V. testam. § 2. Chabot. quest. trans. V. testament § 1. Grenier I 149. Demolombe XXI, 20.

(2) Gabba Op. citata Vol. 3, Pag. 305 e seguent.

di questo suo concetto la Corte suddetta riferì l'avviso perfuntoriamente espresso dalla Commissione di coordinamento del Codice, nel senso della inefficacia della istituzione (1).

All'opposto la Corte d'Appello di Perugia colla sentenza del 24 aprile 1873 (2) sostenne che il testamento collettivo e reciproco non è altro che una *forma di testare* (3), e combatte l'argomento che gli avversarii di questa dottrina vogliono trarre da ciò, che la disposizione proibitiva non trovasi nel capitolo relativo alle forme. Infatti il divieto di certe forme trova posto più opportuno nelle disposizioni generali che non in quelle relative alle varie specie di forme.

A ogni modo, come bene osserva il Mazzoni, questa trasposizione del divieto da un titolo all'altro, che si nota nel raffronto fra i Codici, delle due Sicilie, di Parma, di Modena e del Cantone Ticino, col Codice Italiano, non può recare cambiamento di concetto, poichè anche il concetto giuridico è determinato dalla sua sostanza o contenuto, non dal luogo del libro in cui è manifestato.

Le due sentenze sopra citate diedero luogo a pre-

(1) Ann. di Giur. Ital. Vol. 7. Pag. 482.

(2) Ann. di Giur. Ital. Anno 1874, P. 2. Pag. 167.

(3) La Corte di Cassazione di Milano con sentenza 15 Luglio 1864 aveva ritenuto anch'essa non costituire l'istituzione reciproca altro che *una disposizione di forma* relativa al *modo di esprimere la volontà* dei testatori.

Lo stesso pure avea dichiarato la Corte di Messina con sentenza de 23 Decembre 1865. Sono ambedue riportate dal Mazzoni Op. cit. Pag. 70.

gevoli osservazioni pubblicate nella Gazzetta dei Tribunali di Genova, ed ivi pure si esprime l'avviso della *validità* della istituzione reciproca.

In quelle pagine il valente scrittore risponde così agli argomenti della Corte d'Appello di Roma; perciò che concerne la irrevocabilità del testamento: « Nè meglio infine si disse dalla Corte di Roma » che le istituzioni congiuntive contraddicono al » principio della revocabilità, che tiene alla so- » stanza del testamento, quasichè le due volontà » restassero legate in modo che uno dei disponenti » non le possa variare, senza il concorso dell'altro. » Imperocchè non furono mai tali testamenti rite- » nuti quali un unico testamento sotto la forma di » contratto, ma come altrettanti testamenti diversi » e distinti nello stesso atto riuniti, come può vedersi » in Bartolo L. 20 ff. de vulg. et pupil. subst. § 3, ec. »

Ed invero questo erroneo concetto ritenuto dalla Corte d'Appello di Roma, basta a viziare l'intero contenuto della sentenza che su quello si fonda.

Riassumendo, parmi di aver dimostrato, tanto coi principii razionali del diritto, quanto coll'autorità dei Dottori e della Giurisprudenza: che il testamento reciproco è una *forma legale di esprimere due volontà in un atto unico*: che l'art. 761 del Codice civile non mira a proibire il contenuto nè la reciprocità della istituzione, ma soltanto la *unicità dell'atto probatorio* della istituzione stessa: che quindi allorchè l'atto è compiuto in conformità della legge del tempo, fa sorgere nei disponenti un *diritto quesito* alla sua *efficacia formale.*

E da tali premesse concludo, rispondendo al quesito proposto che la istituzione reciproca fatta in un testamento unico, secondo le leggi anteriori che la permettevano, rimane valida ed efficace anche se uno dei disponenti viene a morire sotto il Codice civile ora vigente.

Prezzo L.it. 1.